

**PARTILHA DE BENEFÍCIOS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO**  
BENEFIT-SHARING IN CONCESSION CONTRACTS

**PEDRO LEITE ALVES<sup>1</sup>**

Jardim, Sampaio e Associados, Sociedade de Advogados, SP RL,  
Lisboa, Portugal

**Resumo:** O texto incide sobre o regime da partilha de benefícios causada pela modificação por acordo do objecto contratual ou pelo variação anormal e imprevisível da rentabilidade dos contratos, entre eles os de concessão, em formato de Parceria Público Privada, debatendo os limites do acordo modificativo previsto no artigo 311.º, número 1, alínea a), do Código dos Contratos Públicos e a sua compatibilização com o direito comunitário, à luz do artigo 72.º da Directiva 2014/24 e da doutrina *Pressetext*.

**Palavras-chave:** modificação; partilha; concorrência; concessões; objecto

**Abstract:** The text focuses on the benefit-sharing regime caused by the modification by agreement of the contractual object or by the abnormal and unpredictable variation in the profitability of contracts, including concession contracts, entered into under the format of a Public-Private Partnership, debating the limits of the amending agreement foreseen in article 311, paragraph 1, paragraph a) of the Public Contracts Code and its compatibility with European Law, in light of article 72 of Directive 2014/24 and the *Pressetext* doctrine.

**Keywords:** modification; sharing; competition; concessions; purpose

A ideia de que um co-contraente deve partilhar com o concedente público certos montantes de que possa beneficiar para além daqueles que integraram o equilíbrio de prestações inicialmente contratado num contrato de concessão tem, no Código dos Contratos Públicos (doravante, o CCP), pelo menos dois regimes diferentes, nos artigos 341.º e 412.º. E mais um meio regime, no artigo 428.º.

A nossa análise do regime da partilha de benefícios tem início, improvavelmente, pelo artigo 428.º.

Antes de mais, para notar que o legislador entendeu que só os contratos de concessão de obra pública são passíveis de incluir a exploração de zonas comerciais ou industriais ligadas funcionalmente à concessão e que sejam susceptíveis de aproveitamento económico diferenciado, porque colocou o art.º 428.º na Secção II do Capítulo II da Parte II do Código, reservada às concessões de obras públicas, abstendo-se de o fazer, também ou por remissão, na Secção III, que regula as concessões de serviços públicos.

E, no entanto, são inúmeros os exemplos de actividades comerciais ligadas funcionalmente a concessões deste segundo tipo que são susceptíveis de aproveitamento económico diferenciado como, por exemplo, a afixação de publicidade no material circulante ao serviço de concessionários do serviço público de transporte de passageiros ou a exploração comercial das zonas de estacionamento desses veículos, através de cafés ou máquinas de venda de produtos, por exemplo<sup>1</sup>.

Dir-se-ia que o esquecimento (ou a vontade, cujos motivos se ignoram) do legislador pode ser suprido pela lei a que se refere o número 2 do artigo 429.º do CCP e essa solução é, sem dúvida, adequada, mas não se pode deixar de ficar surpreendido pela opção do legislador de 2008, que assim diferenciou, sem nenhuma razão aparente, conceptual ou prática, umas concessões de outras. À luz do que adiante se conclui a propósito da regulação da partilha de benefícios e das actividades comerciais ou industriais admitidas pelo CCP para além do objecto principal do contrato, a omissão tem vantagens práticas, porque deixou à livre iniciativa das entidades adjudicantes a definição inclusiva do objecto contratual<sup>2</sup>, o que, em geral, tem sido feito com grande sucesso ignorando por completo a distinção entre objecto principal e objectos acessórios ou complementares que parece estar subjacente à regulação do CCP.

Estabelecido que o CCP só reconhece aos contratos de concessão de obras públicas a possibilidade de exploração de actividades comerciais ou industriais funcionalmente ligadas ao objecto da concessão mas dele distintas, vejamos então porque deve a análise da partilha de benefícios

---

<sup>1</sup> Veja-se, por exemplo, o contrato de concessão de serviço público celebrado entre o Município de Lisboa e a Carris EM SA que inclui no seu objecto a “Valorização e aproveitamento das partes do estabelecimento da Concessão que estejam transitoriamente desocupadas, designadamente através da exploração de actividades comerciais nelas desenvolvidas por terceiros a título oneroso; Exploração comercial da afixação de publicidade nos bens que integram o Estabelecimento da Concessão; Exploração comercial, direta ou indireta, de estabelecimentos comerciais, escritórios, máquinas de venda de produtos e serviços de publicidade ou outros, utilizando para o efeito as respectivas instalações, terrenos ou material circulante”.

<sup>2</sup> Que se verifica no caso do contrato da Carris com o Município de Lisboa, já citado, como se verifica em muitos outros contratos de serviço público, designadamente na área do transporte público de passageiros.

começar pelo artigo 428.º ao invés de, como seria de supor, pelo artigo 412.º (ou pelo artigo 341.º).

A explicação da nossa opção reside na interrogação que decorre da leitura do artigo 428.º: serve para quê?

É que, estatuidando que o contrato de concessão de obras públicas pode permitir ao concessionário que explore certas actividades comerciais ou industriais “ligadas funcionalmente à concessão” mas que sejam “susceptíveis de aproveitamento económico diferenciado”<sup>3</sup>, ainda que “exploradas conjuntamente com a obra pública pelo concessionário”<sup>4</sup>, directamente ou em regime de subconcessão, a norma permite o mesmo que o artigo 407.º já permite, isto é, que o contrato de concessão defina, *ab initio*, exactamente o que pode e não pode o concessionário explorar para se ressarcir do custo do seu investimento.

Nem se diga que o artigo 428.º permite que instalações “comerciais ou industriais” pré-existentes, isto é, que não hajam sido concebidas e executadas, ou apenas executadas, pelo concessionário, integrem o objecto da concessão, dispondo por isso para lá do que decorre da estrita letra do artigo 407.º do CCP; é que, o sentido da expressão “execução de obra pública” não pode deixar de nela incluir as actividades de manutenção, corrente e extraordinária, que seriam também típicas da exploração de instalações “comerciais ou industriais” pré-existentes, incluídas no objecto contratual, como impõe o artigo 428.º<sup>5</sup>.

Nem se diga, de outra forma, que o artigo 428.º vive da subtil distinção entre as obras públicas “por natureza” e as outras<sup>6</sup>, acrescentando as primeiras, referidas naquela disposição, à ideia de obra pública presente no artigo 407.º; é que, a noção de obra pública, porque se não confunde com a de construção de bens públicos<sup>7</sup>, não parece carecer de ser aditada ou completada e porque sempre seria absolutamente incongruente que o CCP regulasse na Secção I do Capítulo II do Título II a concessão de obras públicas e no obscuro artigo 428.º se dedicasse à até aí inominada concessão de obras públicas “por natureza”<sup>8</sup>.

Para que serve, então, repete-se, o artigo 428.º do CCP?

A função útil que se descortina naquela regra é, afinal, contraditória com a aparente ambição ampliativa do objecto dos contratos de concessão de

---

<sup>3</sup> Cfr. art.º 428.º, número 1, do CCP.

<sup>4</sup> Cfr. art.º 428.º, número 3, do CCP.

<sup>5</sup> No sentido de que a manutenção se inclui no conceito de obras públicas tal como interessa ao Direito Comunitário (e, por consequência, ao nosso CCP), ver Arrowsmith (2014: 402, 6-22), citando jurisprudência comunitária no mesmo sentido.

<sup>6</sup> Que se fica sem saber quais são, posto que não são, seguramente, as obras privadas.

<sup>7</sup> Não faltam exemplos de concessões atribuídas pelo Estado que resultam na construção (“execução”) e/ou na concepção de bens do domínio privado do Estado. O exemplo porventura mais flagrante é o das concessões para os serviços de fornecimento de água “em alta”, que se traduzem na construção (“execução”) e, no caso, na concepção de bens do domínio privado.

<sup>8</sup> No sentido de que a expressão “obra pública” inclui não só as obras listadas no Anexo I da Directiva 2004/18, mas, também, nos termos do artigo 1 (2) (b) desse texto, quaisquer obras de acordo com critérios especificados pela entidade adjudicante, ver Arrowsmith (2014: 399).

obras públicas<sup>9</sup> que se poderia nela ler: limitar a inclusão no objecto contratual de contratos dessa espécie a actividades “comerciais ou industriais”, “ligadas funcionalmente à concessão” e que sejam susceptíveis de “aproveitamento económico diferenciado”, ao invés de, na sua ausência, permitir ao concedente incluir no objecto concessionado actividades que não revistam alguma(s) ou todas daquelas características<sup>10</sup>.

O artigo 428.º tem, por isso, um só efeito: cria o campo de cultura para a ideia da necessidade de regular a partilha de benefícios, que se encontra no artigo 412.º do CCP<sup>11</sup>. Realmente, porque a lei limita o objecto possível, mesmo que secundário ou acessório, dos contratos de concessão de acordo com os critérios do artigo 428.º, é então necessário criar um regime para as actividades assim excluídas.

É essa a razão pela qual nos parece avisado iniciar a análise da questão da partilha de benefícios pelo artigo 428.º, como aqui fazemos.

A constatação de que o artigo 412.º só existe porque o CCP limitou quanto aos contratos de concessão de obras públicas o objecto contratual acessório ou complementar suscita uma primeira observação, de resto semelhante à que fizemos a propósito do benefício para a comunidade que reside no facto de o regime dos contratos de concessão de serviços públicos que consta do CCP não conter regra paralela ao artigo 428.º: é que, a construção legislativa apresenta-se como inútil e não tem, em boa verdade, nenhuma aplicação prática.

Na realidade, apesar do artigo 428.º, não se vê por que razão uma entidade adjudicante não poderia lançar à concorrência um contrato de concessão cujo objecto fosse, não uma obra pública mas, antes, uma obra pública e uma série mais ou menos vasta de outros objectos, ligados à primeira de formas que não se enquadrem nos apertados critérios do artigo 428.º, mesmo revestindo a manifestação externa de algum dos exemplos indicados a final no seu número 1.

É que, como a norma parece partir do pressuposto de que as “outras zonas” interessadas aos contratos de concessão de obras públicas são utilizáveis nalguma forma como um objecto dependente do objecto principal do

---

<sup>9</sup> Abandonemos a expressão “obras públicas por natureza”, porque, realmente, não tem nenhum conteúdo, neste contexto.

<sup>10</sup> Os exemplos possíveis só estão limitados pela criatividade. Limitamo-nos a indicar, a título de exemplo, a instalação de painéis solares nos separadores centrais das auto-estradas, a construção e operação de creches para filhos de funcionários da concessionária e/ou das populações locais, a cedência de espaços para a aterragem de helicópteros de terceiros no heliporto “executado” pelo concessionário, todos objectos possíveis de inclusão, *ab initio*, no objecto concessionado, sem necessidade do artigo 428.º e, nalguns casos bem conhecidos, constantes da prática contratual nacional.

<sup>11</sup> A origem histórica do artigo 412.º do CCP está no artigo 14.º C, número 7, do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, que dispunha, ainda que no campo específico dos contratos de parceria público-privada que regulava, que “Quando o parceiro privado pretenda exercer actividades não previstas expressamente no contrato de parceria, a autorização das entidades que aprovaram a celebração do contrato de parceria não pode em caso algum ser emitida quando as propostas apresentadas não contenham a respectiva projecção económico-financeira e uma partilha da correspondente receita”. A referência à “receita” e as insuficiências desse regime migraram para o CCP, tendo o diploma de 2006 sido entretanto substituído pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, que, bem, uma vez que entretanto entrara em vigor o CCP, deixou de tratar desse tema.

contrato (a “obra pública por natureza”), então a forma simples de ignorar o artigo 428.º, com sucesso e de forma inteiramente lícita, reside em configurar esses objectos secundários como objectos (principais) da concessão, ao abrigo da liberdade que assiste às entidades adjudicantes de definirem o objecto, principal como o acessório – ignorando a distinção, que se lhes não impõe sequer em sede de determinação do procedimento de contratação<sup>12</sup>, porque é a própria natureza concessória do contrato que implica a definição dos procedimentos admissíveis<sup>13</sup> –, dos contratos que lançam à concorrência.

A prática contratual nacional ferve de exemplos de contratos em que, seja por razões de mera oportunidade, seja, as mais das vezes, por forma a viabilizar o investimento no que o legislador do CCP porventura entenderia como o objecto principal, as entidades adjudicantes incluem no objecto lançado à concorrência outras actividades que não se relacionam entre si nos estreitos limites do artigo 428.º.

De resto, o contrário é também verdade, apesar dos esforços reguladores e vãmente limitativos do CCP.

É que, também não se vê que as entidades adjudicantes estejam compelidas a incluir nos objectos dos contratos de concessão de obras públicas que lançam à concorrência as actividades secundárias ou dependentes que a regra tem em vista.

Com efeito, o facto de ser lançado à concorrência um contrato de concessão que tenha por objecto a construção de uma certa obra pública não impede o concedente que detenha domínio ou exercício de poderes dominiais sobre bens que, incluindo-se no perímetro físico ou, até, jurídico da concessão, dela não façam juridicamente parte ou possam ser objecto de outros direitos concessórios ou de outra natureza sobre eles constituído, de contratar, sobre esse objecto físico e/ou jurídico diverso, uma outra concessão ou outra forma de relação comercial com terceiros, desde que permitida por lei<sup>14</sup>.<sup>15</sup> Isto é, nada impede, por exemplo, um concedente da execução e exploração de uma auto-estrada de concessionar ou contratar a outrem a exploração de uma área de serviço adjacente a essa via e por ela exclusivamente servida, desde que não tenha incluído essa actividade

---

<sup>12</sup> Cfr. artigo 5.º, n.º 4, alínea c), artigo 11.º, n.º 1, alínea a), e 2, artigo 12.º, artigo 24.º, n.º 1, alínea d), artigo 25.º, número 2, artigo 26.º, número 2, artigo 32.º, número 2 e 3, artigo 33.º, números 1, 3 e 4, e artigo 35.º, número 1. Também, o artigo 15.º, número 2, o artigo 78.º, número 2, o artigo 131.º, número 2, artigo 132.º, número 5, artigo 174.º, número 3, artigo 189.º, número 5, artigo 191.º, número 3, artigo 192.º, número 1, artigo 245.º, número 1, todos do CCP

<sup>13</sup> Cfr. artigo 31.º, número 2, do CCP.

<sup>14</sup> De novo, só a criatividade limita os exemplos possíveis. Limitamo-nos a indicar, a título de exemplo, a exploração de áreas de serviço bordejando a via concessionada reservada por contrato ao concedente – o exemplo é retirado do Contrato de Concessão da A25 –, a exploração directa pelo concedente dos canais técnicos executados ao longo de estradas e ferrovias – como acontece em praticamente todos os contratos de concessão rodoviária e ferroviária –, a colocação de antenas de retransmissão de sinais digitais ou a autorização onerosa do atravessamento de vias e ferrovias por concessionários de serviços de água, gás e sinais digitais – de novo, existente em praticamente todos os contratos de concessão rodoviária e ferroviária.

<sup>15</sup> Os mercados financeiros usam, há centenas de anos, com progressiva sofisticação, a técnica da partição dos direitos aparentemente unos em tantas parcelas quantas aquelas que possam ser compradas e vendidas, numa espécie de *dépeçage*. É essa a base dos mercados de futuros e de derivados, como foi a base do velhinho extracto de factura, que o Decreto n.º 19.490, de 21 de Março de 1931, criou. Não se vê por que razão a contratação pública estaria imune ou seria adversa a essa mesma e velha ideia.

comercial, funcionalmente ligada ao objecto concessionado e susceptível de aproveitamento económico diferenciado, no objecto concessionado<sup>16</sup>.

Seja como for, o certo é que o legislador que teve, no artigo 428.º, uma visão tão surpreendentemente redutora do objecto contratual de um contrato de concessão – baseada nas ideias de “obra pública por natureza”, de “zonas adjacentes” funcionalmente ligadas à concessão e de aproveitamento económico diferenciado –, se viu na circunstância de ter de admitir que as entidades adjudicantes poderiam não incluir a concurso, por opção, descuido, esquecimento ou outra razão qualquer, os aproveitamentos comerciais ou industriais que anteviu caberem no objecto secundário ou dependente e, ainda assim, estes se apresentarem na fase de execução do contrato como interessantes para as duas partes no contrato de concessão de obras públicas, reflectindo, em contraciclo com o artigo 428.º, a necessidade de assegurar a suficiente maleabilidade nos contratos públicos de concessão que há anos vem sendo trabalhada e defendida pela doutrina e pela jurisprudência, num esforço de dotar a contratação pública dos meios que lhe permitam fazer face às realidades actuais e à agressividade da contratação privada e fugir da imutabilidade absoluta dos contratos administrativos.

Criou, então, a regra do artigo 412.º do CCP – que se aplica indistintamente aos contratos de concessão de obras e serviços públicos –, que permite ao concessionário solicitar, e ao concedente autorizar, que o primeiro exerça actividades “não previstas no contrato”, isto é, que não façam parte do objecto lançado à concorrência, desde que sejam “complementares ou acessórias” do “objecto principal”<sup>17</sup>.

Esta norma suscita várias interrogações.

A primeira, é a de saber se as actividades novas, autorizadas pelo concedente, conduzem a uma modificação objectiva do contrato, nos termos dos artigos 311.º a 315.º do CCP ou dos artigos 370.º a 381.º do mesmo código, aplicáveis aos contratos de concessão nos termos do artigo 420.º-A.

Afaste-se desde já a aplicabilidade do regime dos artigos 370.º a 381.º (Secção VI do Capítulo I do Título II), porque estes lidam com os casos de trabalhos complementares ordenados pelo dono de obra, circunstância que não é, manifestamente, a do artigo 412.º.

Já no que respeita aos artigos 311.º a 315.º do CCP, parece dever entender-se que as modificações do objecto contratado resultantes do artigo 412.º têm por fonte o acordo das partes, preenchendo o caso previsto no artigo 311.º, número 1, alínea a), não têm por fundamento nenhum dos casos indicados no artigo 312.º mas, antes, o próprio artigo 412.º, não têm como consequência, pelas razões que decorrem do disposto no artigo 412.º, número 2, nada do que é descrito no artigo 314.º e devem seguir o regime de publicidade previsto no artigo 315.º, obedecendo, claro, ao regime aplicável à forma do contrato modificado, nos termos do artigo 311.º, número 1, alínea a), do CCP.

---

<sup>16</sup> Existe pelo menos um caso conhecido em Portugal, justamente o da já referida área de serviço adjacente à A25, directamente concessionada pelo concedente da concepção, construção e exploração dessa via.

<sup>17</sup> Cfr. artigo 412.º, número 1, do CCP.

De facto, o acordo das partes referido no artigo 311.º, número 1, alínea a), que em geral haverá de ter por fundamento algum dos motivos descritos no artigo 312.º, haverá de buscar fundamento autónomo no artigo 412.º, correspondendo, portanto, a um acordo contratual que não visa executar cláusula contratuais ou resolver alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias em que as partes fundaram a vontade de contratar ou suprir novas razões ou ponderações do interesse público. Pelo contrário, o acordo das partes visa, apenas, modificar o objecto contratado a pedido do concessionário. É essa característica, quanto ao fundamento da modificação, que suscita as dúvidas que adiante se analisam a propósito da aplicação do regime do artigo 313.º do CCP.

Quanto a esta, parece que se deve concluir que o artigo 412.º impõe que as actividades novas sejam “complementares ou acessórias” (conceitos indeterminados que só podem ser concretizados em face a um caso concreto) do objecto do contrato que designa como principal e que, por isso, o uso dessa expressão nessa norma permite relacionar as duas regras de forma a que se conclua que, não só as modificações propostas pelo concessionário só a ele se podem reportar, mas, também, que, nos termos do artigo 313.º, número 1, a modificação proposta não pode alterar “a natureza global do contrato”.

Já não nos parece, ao invés do que julgamos que entende Miguel Assis Raimundo (2023: 309, 102), que as actividades complementares ou acessórias permitidas ao abrigo do artigo 412.º devem<sup>18</sup> viabilizar ou facilitar a prossecução do objecto concessionado, porque nada na lei permite concluir que assim deva ser, nem, de resto, se divisam razões de interesse público ou outro que imponham tal relação adjuvante das novas actividades desenvolvidas pelo concessionário.

A questão que verdadeiramente se coloca a esse propósito é a de saber por que razão a lei entendeu limitar os objectos novos a actividades “complementares ou acessórias” do objecto contratado e qual o alcance dessa limitação.

A primeira tentação consiste em ignorar ou de alguma forma menosprezar a necessidade dessa relação de complementaridade ou acessoriedade entre o objecto contratado e os objectos novos, perdida nas brumas da natureza indeterminada dos conceitos. Não é, claro, bom caminho.

A segunda tentação consiste em defender *à outrance* que, por exemplo, explorar uma farmácia numa área de serviço tem óbvia relação de complementaridade e acessoriedade com a concessão da concepção/construção/exploração de uma rodovia<sup>19</sup>, que colocar publicidade num autocarro é o que complementar e acessoriamente se antolhe como óbvio para quem pondere a verdadeira natureza do serviço de transporte de passageiros ou que construir e operar uma creche é o que de mais complementar e acessório se poderia imaginar relativamente a uma concessão rodoviária. Também não parece que seja bom caminho, mas é,

---

<sup>18</sup> Com justiça se deve indicar que o texto de Miguel Assis Raimundo pode não comportar a interpretação que fazemos, não obstante o seu sentido literal.

<sup>19</sup> O exemplo não é totalmente inocente. Recorda um debate intenso, que teve lugar há alguns anos, entre um concessionário rodoviário que desejava licenciar uma farmácia numa área de serviço, argumentando, entre outras coisas, com a relação de acessoriedade e complementaridade entre esse serviço e a circulação rodoviária, e um concedente renitente em aceitar essa ideia, defendendo o carácter imutável do objecto contratado (e a definição legal, por Portaria, do que pode integrar uma área de serviço, resquício de tempos de uma Administração severa).

surpreendentemente, uma via muito adoptada na contratação pública nacional.

A verdade é que as mais ou menos flagrantes desconsiderações da natureza da relação entre o objecto contratado e os objectos novos que a lei exige decorrem da incompreensão generalizada da razão de ser da restrição e, porventura sobretudo, da constatação de que os mesmos requisitos estão ausentes na fase do procedimento adjudicatório, não sendo visível a razão pela qual deveriam estar presentes na fase de execução contratual.

O motivo da exigência do artigo 412.º, número 1, do CCP reside, na verdade, no princípio importado das Directivas de contratação pública de 2014 que impede a descaracterização do contrato por via, designadamente, de acordos modificativos celebrados entre as partes, que está consagrado no artigo 313.º, número 1, do CCP.

Com a alteração de 2021 do artigo 313.º do CCP, manifestou-se uma distinção entre os limites do acordo das partes à alteração do contrato, prevista no artigo 311.º, número 1, alínea a), e os limites das modificações contratuais decorrentes do interesse público invocado pela entidade pública contratante, constante do artigo 312.º, alínea b).

Essa distinção, que em rigor a doutrina já defendia, debatendo os limites do acordo entre as partes em sede da intangibilidade do objecto e da defesa da concorrência, foi porventura mais bem identificada por Ana Gouveia Martins (2021: 213-235), notando que a alteração por acordo, a que se reporta o artigo 313.º, número 1, só pode referir-se e só está limitada pela “falta de cognoscibilidade do contrato inicial face à modificação que se pretende introduzir”, ao passo que o regime da modificação por interesse público, a que se reporta o número 2 do artigo 313.º releva e deve cumprir os limites impostos pelas regras da concorrência que, de forma relativamente detalhada, são as previstas, para o caso, nas várias alíneas desse número e dos números 3, 4 e 6.

A dificuldade em aceitar que assim simplesmente é foi tratada por Miguel Assis Raimundo (2023: 198 ss), assinalando que as modificações por acordo das partes, para além de não poderem realmente ter por fundamento outro facto que não a falta de cognoscibilidade dos factos que estão na origem da vantagem mútua em modificar o contrato inicial – no caso do artigo 412.º, na vantagem mútua em aditar o objecto inicialmente contratado –, devem ser analisadas igualmente do ponto de vista das regras da concorrência que estão presentes no número 2 do artigo 313.º, ainda que, sendo ambas restrições atinentes ao impacto quantitativo da modificação, a legalidade das primeiras resulte de um controlo mais fino, isto é, de uma sensibilidade maior ao valor, imaterial, da descaracterização do contrato por via da modificação acordada pelas partes, relativamente o controlo da legalidade das segundas, que corre dentro dos limites relativamente generosos do número 2 do artigo 313.º.

Claro está que a dificuldade interpretativa reside em o artigo 72.º da Directiva 2014/24 se reportar, apenas, às alterações referidas no artigo 312.º do CCP, mas não à alteração por acordo da alínea a) do número 1 do artigo 311.º, que está presente no aditamento do objecto com fundamento no artigo 412.º e de, por consequência, o artigo 313.º, número 2, introduzir a restrição relativa à concorrência que decorre da regra comunitária, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça, apenas para as primeiras, mas não para a segunda, cujo controlo de legalidade fica sujeito ao vago critério da

natureza global do contrato, que a jurisprudência comunitária tem todavia sistematicamente tratado em sede dos limites quantitativos à concorrência.

Esta particularidade do nosso direito positivo não pode, porém, deixar de ter uma solução enquadrada no direito comunitário, designadamente no artigo 72.º da Directiva 2014/24 e na forma como o TJUE o tem interpretado, realçando a relevância do princípio da concorrência em qualquer alteração do contrato, mesmo que decorrente de acordo das partes fundado no artigo 412.º. De resto, como tem sido frequentemente sublinhado, o próprio CCP dispõe, no número 2 do artigo 310.º, que os acordos endocontratuais sobre a modificação de contratos dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites do “capítulo seguinte”, sem distinguir entre os pressupostos e limites dos números 1 e 2 do artigo 313.º.

Parece, portanto, que o controlo do que pode consistir numa “alteração da natureza global do contrato” decorrente de um aditamento ao objecto fundado e resultante do artigo 412.º do CCP haverá de ser efectuado, desde logo, à luz do disposto no artigo 72.º, número 4, primeira parte, do texto comunitário: “A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente”.

A questão de saber se o controlo deve ser efectuado, também, nos termos da segunda parte da norma comunitária é complexa, deparando, desde logo, com a redacção que nos parece muito infeliz do número 2 do artigo 313.º do CCP, que, na sua letra, reserva esse tipo de verificação para os casos de modificação por interesse público, que não são os do artigo 412.º, excluindo, na sua letra, os casos de modificação por acordo das partes com esse fundamento.

O texto legal é, no caso, decorrente da revisão de 2021 do CCP, que havia sobrevivido na alteração de 2017<sup>20</sup> mantendo a versão inicial, ligeiramente retocada, de 2008, que mandava aplicar os testes previstos no número 4, segunda parte, do artigo 72.º da Directiva 2014/24 também à modificação substancial do contrato, isto é, à modificação por acordo.

A incongruência criada pela alteração de 2021 do CCP, no que se refere aos limites dos aditamentos ao objecto decorrentes do artigo 412.º reforça, em nossa opinião, a necessidade de uma interpretação correctiva e conforme à segunda parte do número 4 do artigo 72.º da Directiva 2014/24, que aplique ao teste da alteração da substância do contrato ao menos alguns dos critérios dessa regra, designadamente as da alínea a) (“A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso”) e da alínea c) (“A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro”), desde logo porque o teste da alínea d) não tem aplicação, por razões óbvias, e o teste da alínea b) se revela inútil (ou, melhor, resultará sempre num resultado negativo que inviabilizaria qualquer aditamento ao objecto inicial ao abrigo do artigo 412.º), porque é claro que o contrato aditado representará sempre uma alteração do equilíbrio económico do contrato que não estava inicialmente prevista.

Tudo isto impõe a resposta a uma interrogação essencial: os aditamentos ao objecto inicialmente contratado, realizados ao abrigo do artigo 412.º, podem,

---

<sup>20</sup> Cfr. Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto.

por regra, almejar respeitar as regras e a jurisprudência comunitárias relativas às modificações do contrato?

Parece-nos difícil que assim aconteça.

Na verdade, parece impor-se que, se tivessem sido incluídos os objectos adicionais, mesmo que a título complementar ou acessório do objecto principal, no procedimento adjudicatório que antecedeu a contratação de um concreto contrato de concessão de obras ou serviços públicos, não pode ser descartada a possibilidade de que, nesse procedimento, poderia ter sido apresentada e/ou aceite outra proposta ou, ao menos, que teria sido atraída maior participação no concurso, significando, portanto, que o teste da alínea a) do número 4 do artigo 72.º da Directiva 2014/24<sup>21</sup> não seria ultrapassado, mesmo no quadro do artigo 313.º, número 2, alínea a), que exige a demonstração objectiva, mais exigente, do ponto de vista do controlo da concorrência, do que o Acórdão Pressetext e a regra comunitária. Notar-se-á, com efeito, que “demonstrar objectivamente”, como prevê o artigo 313.º, número 2, alínea a), não é o mesmo do que demonstrar que, em concreto, teriam efectivamente sido apresentadas mais propostas, por exemplo, mas, apenas, que se teria formado uma realidade que teria com toda a probabilidade conduzido a esse resultado<sup>22 23</sup>.

Em suma, parece-nos que a ideia de aditamento(s) por acordo do objecto inicialmente contratado, prevista no artigo 412.º do CCP, se encontra na fronteira do que a lei e a jurisprudência comunitárias – e, apesar de tudo, também a lei portuguesa, interpretada da forma correctiva que defendemos – admitem, de forma tal que cada concreto caso enfrentará seguramente dificuldades intensas de fundamentação e de demonstração da licitude, arriscando contenciosos difíceis<sup>24</sup>.

O que, de resto, fica por compreender é a razão pela qual o legislador de 2021 modificou o artigo 313.º, ignorando, para além dos sérios problemas que causa nas modificações por acordo que não sejam fundadas no artigo 412.º, os específicos efeitos que ocasiona nessa possibilidade particular, já em si mesma desafiante do ponto de vista do princípio da concorrência<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Que tem, como se sabe, origem na doutrina do Acórdão Pressetext (Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 9/6/2008, P. C-454/06).

<sup>22</sup> Desde logo, nos termos da prova por presunção natural, isto é, uma ilação retirada do próprio facto de que o objecto assim aditado será, em regra – a demonstrar, claro, ainda que a demonstração se afigure, em tese, fácil – mais atractivo.

<sup>23</sup> Como assinala Pedro Costa Gonçalves (2009), a questão reside em saber se o novo contrato se apresenta como neutro “para os interesses dos proponentes ou dos que poderiam ter apresentado proposta na adjudicação inicial, bem como dos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação”.

<sup>24</sup> De resto, é muito significativa a ausência de debate doutrinário sobre o que veio a ser a alínea a) do número 1 do artigo 311.º do CCP, por exemplo no texto muito detalhado de Ana Gouveia Martins (2016: 274 ss). Lido o texto e lida a regra da lei, não pode deixar de ficar a sensação de que, se tivesse ocorrido debate sobre aquela norma (por ela estar presente no anteprojecto ao tempo do debate, o que não sucedia. O texto do artigo 311.º veio a figurar na Proposta final de Lei n.º 41/XIV/1, do Governo, aparentemente decorrendo de uma proposta de alteração ao texto inicial da proposta do Governo, subscrita pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista), este teria possivelmente contornos de acesa crítica e, no mínimo, a insistência na limitação pela concorrência da modificação por mero acordo das partes. Ver pág. 316 do texto citado, a esse propósito.

<sup>25</sup> Ver, a esse propósito, a nota de preocupação de Miguel Assis Raimundo (2023: 309, nota de rodapé 628).

Seguramente que o afã legislativo que a pandemia COVID 19 originou não explica o que, na aparência ao menos, é uma alteração destinada a aumentar a flexibilidade dos contratos públicos que está para lá do que, ao menos no que concerne ao objecto contratado<sup>26</sup>, a Directiva 2014/24 e a jurisprudência Pessetext admitem.

Se for possível ultrapassar estas dificuldades, o que, mesmo com cepticismo, se deve admitir no plano teórico, então vale a pena analisar o restante regime do artigo 412.º.

O seu número 2 impõe que a proposta do concessionário para aditamento(s) ao objecto seja acompanhada de uma projecção “económico-financeira” da(s) nova(s) actividade(s) a desenvolver e de uma proposta de partilha “da correspondente receita” entre as partes.

Podem ser daqui extraídas várias conclusões.

Primeiro, que a lei não configura a projecção “económico-financeira” como tendo carácter vinculativo para o concessionário, isto é, como significando que, na relação deste com o concedente, devam pelo primeiro ser garantidos certos resultados ao segundo, designadamente na circunstância em que a realidade venha a ser pior do que a projectada. É esse, inquestionavelmente, o sentido útil do uso da expressão “projeções”<sup>27</sup>.

Segundo, que, ao invés, a proposta de partilha é, essa sim, vinculativa para o concessionário e, uma vez aceite pelo concedente, também para este. O valor – em regra expresso em percentagem, porque a indicação em valores numéricos se torna impossível em razão da natureza não vinculante da projecção “económico-financeira”<sup>28</sup> e da natureza móvel da realidade – haverá, naturalmente, de ser acordado (é dizer, negociado) entre as partes<sup>29</sup> e fará parte da modificação contratual finalmente celebrada, que, ademais, haverá de determinar o modo de pagamento do valor partilhado, designadamente por uso de algum dos mecanismos do número 3 do artigo 412.º, de resto meramente exemplificativo<sup>30</sup>.

Terceiro, que o uso pelo legislador do termo “receita” para identificar o que deve ser partilhado não pode ser interpretado literalmente.

---

<sup>26</sup> Mas não só, claro, também ao nível das condições essenciais do contrato – prazo, preço, forma de remuneração, etc. – o problema é o mesmo. No presente texto apenas se analisam e salientam as dificuldades causada pela alteração do artigo 313.º ao abrigo do regime do artigo 412.º.

<sup>27</sup> Não obstante, não está afastada a possibilidade de um concessionário assegurar ao concedente um valor mínimo fixo, no âmbito da partilha de benefícios.

<sup>28</sup> Salvo nos casos de garantia de valores mínimos, acima referida.

<sup>29</sup> A lei não restringe nenhuma hipótese possível de expressão da percentagem de partilha, admitindo, por conseguinte, a modelação desta ao longo do tempo, que pode, dessa forma, integrar o escopo da negociação.

<sup>30</sup> O número 3 do artigo 412.º não tem uma redacção feliz, na medida em que, para além de desnecessariamente se referir ao acordo do concedente, sugere a “substituição” da partilha por descontos e contrapartidas inominadas quando, realmente, o que pode acontecer é a modificação do modo de pagamento do valor a partilhar. Em bom rigor, o número 3 do artigo 412.º não tem nenhuma utilidade, justamente porque o acordo modificativo celebrado ao abrigo do artigo 311.º, número 1, alínea a), pode manifestamente incidir sobre as condições de pagamento do preço, incluindo do preço da partilha, nos próprios termos desta regra e do artigo 313.º. Trata-se, como de resto assinalámos a propósito do artigo 428.º, de mais um exemplo de legislação em excesso, sem utilidade alguma.

Desde logo, porque a interpretação literal da regra determinaria que o referencial de partilha devesse ser a facturação resultante da nova actividade, sem acrescentos ou deduções. Essa visão das coisas representaria a assumpção, pelo concessionário, da totalidade do risco comercial das novas actividades, arcando este com os custos, fixos e variáveis, inerentes e necessários à formação da receita o que contradiz a ideia de partilha – sublinhe-se, partilha – dos riscos contratuais, constante do artigo 413.º, que evidentemente se aplica ao objecto aditado, como se verá adiante.

Assim é que, em nossa opinião, a regra legal deva ser interpretada como reportando-se à receita ou facturação líquida, ainda que deixando às partes, na formulação do acordo modificativo, a definição dos encargos, custos e/ou impostos a deduzir à receita ou facturação bruta.

De resto, o acordo modificativo não será seguramente, as mais das vezes, um texto simples. É que, não definindo a lei como, quando e por quem é fixada a grelha de preços a cobrar os terceiros utentes das novas actividades, que está justamente na origem da receita bruta, haverá essa matéria de ser cuidadosamente definida. Bem se compreende que este é um ponto crucial, porque a manipulação comercial dos preços pode com facilidade ser utilizada em benefício do aumento das receitas provenientes do objecto principal do contrato, que, em princípio, serão mais interessantes para o concessionário, desde logo porque não incide partilha alguma sobre elas, com óbvio prejuízo do concedente. Este é um ponto sobre o qual é forçoso reconhecer que a lei impõe uma reforçada atenção do concedente na negociação das condições da modificação do objecto, restando-lhe sempre, claro, a possibilidade de recusar a autorização a que se refere o artigo 412.º, número 1.

Em quarto lugar, resta saber se o acordo modificativo celebrado ao abrigo do artigo 412.º pode apenas incidir sobre o objecto e as condições de definição do montante a partilhar e de fixação da receita bruta que se diriam ser o núcleo essencial mínimo de um tal acordo ou se, ao invés, pode incidir sobre outros termos do contrato aditado, como, por exemplo, o prazo ou as condições e consequências do incumprimento.

Parece que a resposta se haverá de encontrar, de novo, na interpretação correctiva do artigo 313.º que acima sugerimos, desde logo porque a modificação contratual por acordo das partes é possível, nos termos da alínea a) do número do artigo 311.º, mesmo para lá dos casos do artigo 412.º e porque a essas modificações se haverá de aplicar, também, o teste do artigo 72.º da Directiva 2014/24.

Em quinto lugar, deve ser assinalado que à partilha de receita das actividades novas, bem como ao seu próprio exercício, claro, se aplica a regra do artigo 413.º relativa à partilha de riscos, circunstância que haverá de ser demonstrada no próprio acordo modificativo e que deve estar presente na formulação da proposta de partilha pelo concessionário, trazendo a terreiro, preferencialmente, sistemas de partilha de receita que prevejam patamares mínimos de pagamento ao concedente, portanto imunes ao risco de procura, nos termos da alínea b) do número 2 do artigo 413.º, sempre demonstrando a exposição do concessionário ao risco do negócio, nos termos da alínea a) daquela regra.

Na verdade, integrando-se as novas actividades num contrato que, por lei, deve obedecer a um regime de transferência acentuada de risco para o concessionário, os objectos novos da sua obrigação perante o concedente

devem igualmente conter uma parcela de risco por si assumido pelo menos tão significativa quanto a inicialmente contratada e imposta por lei, sem prejuízo de eventual ajustamento, não necessariamente no sentido da sua atenuação, decorrente da natureza da(s) nova(s) actividade(s). A tanto obriga o facto de o novo objecto se incluir num tipo contratual que, nos termos da lei, seja ou não uma parceria público privada, deve imperativamente observar essa característica.

Assinale-se, ainda, que para aqueles contratos de concessão que revestam a forma de parcerias público privadas (adiante, as PPP), haverá de adicionalmente ser demonstrado o cumprimento dos indicadores do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio<sup>31</sup>, e de ser seguido o procedimento ali descrito para as modificações das parcerias<sup>32</sup> que impõe, por exemplo, em aditamento ao regime do artigo 412.º, que o parceiro privado apresente, com a projecção económico-financeira a que esta regra se refere, a matriz de riscos proposta, nos termos do número 2 do citado artigo 7.º do diploma de 2012.

Esta conclusão quanto à necessidade de os objectos novos obedecerem ao princípio da partilha de risco tem inegáveis consequências no que respeita ao tipo de mecanismo de partilha de receita.

Com efeito, sendo a mais singela definição de risco a de que este corresponde a uma probabilidade multiplicada por um valor, se a fórmula de partilha de receitas for expressa numa percentagem da receita gerada pelas novas actividades, é claro que a exposição ao risco do negócio (probabilidade vezes valor) contaminará o montante a perceber pelo concedente, reduzindo-o e fazendo com que este assim suporte parte – tendencialmente, até ao limite do valor teórico máximo que lhe cabe na partilha, tal como exibido na projecção económico-financeira a que se refere o número 1 do artigo 412.º<sup>33</sup> – das perdas/menos receitas registadas.

Esta dimensão do risco que se aplica apenas às modificações do artigo 412.º e que faz incorrer o concedente na exposição ao custo, ao menos parcial, até ao esgotamento do ganho potencial, das perdas devidas à imprevisibilidade do mercado é uma consequência, porventura involuntária, do facto de a lei não prever a imperatividade de uma remuneração mínima garantida do concedente nos casos em que o concessionário toma a iniciativa de propor novo objecto, complementar ou acessório do objecto contratado. Não deixa de ser inesperado que o legislador do CCP – tal como o do regime das PPP –, que fez da transferência “significativa e efectiva” do risco o mantra das concessões, em PPP ou não, haja perdido de vista que, nos objectos novos, a regra que redigiu arrasta a financiamento pública das perdas e custos atribuíveis à imprevisibilidade do mercado, até ao limiar do potencial de ganho projectado, pelo mero facto de que um objecto não atractivo para o mercado pode gerar receita directa nula, ainda que

---

<sup>31</sup> Cujá redacção original foi objecto das clarificações/modificações introduzidas pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, publicada no Diário da República de 19 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de Dezembro.

<sup>32</sup> Designadamente nos artigos 21.º a 23.º.

<sup>33</sup> Porque são obviamente proibidos mecanismos de partilha que prevejam percentagens negativas para o concedente.

gerando, possivelmente, efeitos sinérgicos na receita decorrente da exploração do objecto principal<sup>34</sup>.

Enfim, notaremos que o artigo 412.º deixa por esclarecer qual o destino dos bens utilizados e construídos pelo concessionário para executar as novas actividades, sendo certo que, no artigo 428.º, número 4, o legislador deixou claro que esses bens (e instalações) têm, no final da concessão, destino igual ao dos bens da concessão que consiste na sua entrega ao concedente<sup>35</sup>. Essa falha é incompreensível, porque é manifesto que os bens usados nas actividades complementares ou acessórias do artigo 412.º têm a mesma utilidade, natureza e função dos bens utilizados nas actividades do artigo 428.º. Do nosso ponto de vista, a omissão da lei deve ser corrigida no sentido de se entender que o número 4 do artigo 428.º se aplica aos bens e instalações utilizados pelo concessionário no desenvolvimento das actividades novas, complementares ou acessórias, autorizadas ao abrigo do artigo 412.º, impondo-se às partes de forma imperativa e devendo por estas ser expressamente tratada no acordo modificativo do contrato.

O CCP prevê ainda, como se indicou no início deste texto, uma outra circunstância de partilha de benefícios, no artigo 341.º, que integra a Secção III do Capítulo IX do Título I da Parte III do CCP composta de quatro artigos sem nenhuma relação entre si que não seja a de regularem aspectos parcelares, acessórios ou aleatórios<sup>36</sup> das PPP, e que se compreende mal por que razão o legislador não arrumou atempadamente no diploma de 2012 que dedicou a esse particular tipo contratual<sup>37</sup>. Assim é que o regime de partilha de benefícios a que se reporta o artigo 341.º não pode deixar de ser interpretado à luz do que dispõe o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, quanto ao formato PPP<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Por exemplo, a instalação de um hotel numa área de serviço de uma auto-estrada concessionada pode não gerar necessariamente receita directa líquida partilhável mas pode aumentar a receita das portagens cobradas aos utilizadores que o utilizam e que de outra forma não circulariam na via concessionada e portajada.

<sup>35</sup> Os termos dessa entrega a fixar no contrato dizem respeito, pelo menos, ao estado residual de conservação ou de vida útil em que se devem encontrar esses bens no final do contrato.

<sup>36</sup> A aleatoriedade expressa-se de forma particularmente pungente no artigo 342.º, que sujeita a estrita vigilância os litígios arbitrais que envolvam PPP sem se preocupar com igual controlo dos litígios que correm nos tribunais no Estado.

<sup>37</sup> O já referido Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio.

<sup>38</sup> A partilha de benefícios em contratos de PPP tinha já regulação no artigo 14.º C do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, que nele foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, dispondo-se, no número 2, que “O parceiro público tem direito à partilha equitativa com o parceiro privado dos benefícios financeiros que decorram para este do desenvolvimento da parceria, nomeadamente nos casos de melhoria das condições de financiamento da parceria por via da renegociação ou substituição dos contratos de financiamento.” Notar-se-á o ênfase, que não viria a perdurar no CCP, na partilha dos benefícios resultantes do desenvolvimento da parceria – conceito obviamente inexecutável, porque a isso se opõe, nos termos que tratamos no texto, a ideia de partilha acentuada de riscos que é base das concessões e das PPP e que impede, por razões do mais óbvio equilíbrio contratual, que o parceiro privado corra o risco da menor receita mas não possa ter o benefício da maior receitas, quando estas decorrem da sua própria gestão eficiente do contrato – e na partilha de benefícios resultantes da redução dos custos de financiamento por renegociação, que inspirou de resto alguns contratos de PPP rodoviárias, em que foram introduzidas cláusulas regulando essa partilha. Ainda neste caso, essa tendência não foi acolhida, e bem, no CCP, pelas mesmíssimas razões de equilíbrio contratual.

Diga-se, antes de mais, para identificar o escopo especial do artigo 341.º, que a distinção entre contratos de concessão que tomam a forma de PPP<sup>39</sup> e os que não a tomam reside no facto de que, nos primeiros, a actividade de financiamento do investimento se encontrar, ao menos em parte, atribuída contratualmente ao parceiro privado<sup>40</sup>.

A distinção assim feita pela lei não é particularmente feliz, do ponto de vista material, desde logo porque, implicando a concessão “não PPP”, as mais das vezes, a realização inicial de um investimento privado, por vezes demorando anos, na execução de uma obra pública ou nos bens e instalações destinados à operação de um serviço público sem que, simultaneamente, a obra ou serviço público possa ser explorado pelo concessionário e gere receitas destinadas e suficientes a, ao menos, pagar *pari passu* os custos de investimento, é claro que o financiamento da obra ou bens destinados à exploração concessionada caberá também, nesse caso, ao parceiro privado. Por outro lado, não é impossível, nos termos da lei, que os concorrentes a um procedimento adjudicatório de uma concessão em PPP proponham o financiamento do investimento pelo parceiro público, mesmo durante a fase “não exploratória” da obra ou serviço público<sup>41</sup>.

Seja como for, é essa a distinção da lei, que não cabe neste texto investigar de forma mais pormenorizada.

Pois bem, nessas PPP, estabelece o artigo 341.º, número 1, existirá forçosamente partilha de benefícios “sempre que ocorrer um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o cocontratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas”.

É óbvia a diferença essencial deste regime relativamente ao da partilha de receitas do artigo 412.º: a causa do benefício não provém de uma modificação objectiva do contrato, acordada entre as partes, antes

---

<sup>39</sup> A forma concessória é apenas uma das várias que a lei admite poderem tomar as vestes de PPP, nos termos do artigo 2.º, número 4, do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, que inclui as concessões de obras e serviços públicos entre a lista exemplificativa de contratos passíveis de contratação em regime de PPP.

<sup>40</sup> Cfr. artigo 2.º, número 1, do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, que define PPP como “o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado” e o artigo 407.º, n.º 1, do CCP, que define o contrato de concessão de obras públicas como aquele em que “o cocontratante se obriga à execução ou à conceção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respetiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço” e o artigo 407.º, número 2, do CCP, que define o contrato de concessão de serviços públicos como aquele em que “o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público”.

<sup>41</sup> Existe pelo menos um caso histórico em que assim ocorreu. Trata-se do primeiro concurso para o que então era designado como a Circular de Leiria, hoje conhecida como a concessão do IC36, em que o concorrente com a melhor proposta propunha um financiamento integral do investimento pelo Estado. O concurso não teve desfecho algum, ao que se sabe por razões não relacionadas com esta ideia.

resultando da execução do objecto contratado, sendo atribuível a factores ou autores terceiros<sup>42</sup>.

Ademais, a lei teve o cuidado de excluir os benefícios criados pelo parceiro privado em razão de uma gestão eficiente e/ou de “oportunidades” por ele geradas na execução do contrato, é dizer, excluiu da partilha aquelas circunstâncias em que a realidade não se altera por acto de terceiro ou facto exterior às partes mas ainda assim o parceiro privado obtém maior rentabilidade, anormal e imprevisível, para o seu investimento do que aquela que antevia no momento da celebração do contrato/de apresentação da proposta vencedora no procedimento adjudicatório que conduziu à contratação da PPP.

Tudo isto é inteiramente adequado, de resto porque só admitindo a lei que o contrato pode correr melhor para o parceiro privado do que ele antecipou em razão da sua gestão é que faria o mínimo sentido prever que o mantra dos contratos de concessão, redobradamente incluindo aqueles sob a forma de PPP, é a transferência de risco para o parceiro privado; é que, transferir risco não significa apenas que ao parceiro privado cabe suportar o menor sucesso da parceria/concessão, significa obviamente que ao parceiro privado é reconhecido o direito de o sucesso ser maior do que o antecipado em razão da diligência do parceiro privado.

Assim é, portanto, que a partilha de benefícios a que se reporta o artigo 341.<sup>o</sup><sup>43</sup> intervém apenas nos casos em que o maior sucesso da parceria decorre da actuação de alguém<sup>44</sup> ou de facto natural que, de forma anormal e imprevisível, estejam na origem da percepção de uma rentabilidade maior, pelo parceiro privado, relativamente à antecipada pelas partes no momento da adjudicação/contratação<sup>45</sup>.

São vários os exemplos que podem ser configurados: redução da carga fiscal sobre o trabalho suportada pelo empregador concedente, redução da carga fiscal sobre as empresas<sup>46</sup>, efeitos de rede ou sinérgicos causados

---

<sup>42</sup> A expressão “autor terceiro”, que usamos no texto, merece explicação adicional. É que, para além da actuação de terceiros relativamente às partes contratantes da PPP, queremos incluir nessa expressão as actuações extracontratuais da contraparte concedente (*fait du prince*) que têm por efeito uma alteração anormal e imprevisível das receitas da PPP.

<sup>43</sup> Que, obviamente, se aplica a todas as formas contratuais que revistam o formato de PPP, não apenas aos contratos de concessão.

<sup>44</sup> Ver nota 39.

<sup>45</sup> Note-se que o valor a partilhar é o adicional de benefícios auferidos de forma anormal e imprevisível relativamente à equação financeira inicial, não corrigida pela realidade entretanto transcorrida. Com efeito, os efeitos da realidade na referida equação correm, nos termos do artigo 413.<sup>o</sup> do CCP e do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 111/2012, de 27 de Maio, pelo concessionário e não devem, portanto, incluir na comparação entre a situação anterior e posterior à verificação do acréscimo anormal e imprevisível a que alude o artigo 341.<sup>o</sup> do CCP.

<sup>46</sup> Há cerca de 10 anos, o Estado passou a incluir nos contratos de PPP rodoviárias uma complexa disposição que tinha por efeito imunizar os parceiros privados das variações da taxa de IRC. A cláusula, abandonada nos contratos mais recentes, também de PPP, não era, ao contrário do que vimos defendido pelos seus autores do tempo, uma partilha contratada de receitas anormais e imprevisíveis, desde logo porque também obrigava o concedente a pagar ao concessionário o imposto “a mais” resultante de um aumento da taxa de IRC como, e sobretudo, porque se aplicava a toda e qualquer variação de taxa de IRC, gerasse ela ou não uma alteração anormal e imprevisível. Outra formulação que foi também com frequência usada no mesmo período fazia partilhar nos benefícios financeiros causados por “alterações legislativas de carácter

pela construção de outras obras públicas ou o lançamento de outros serviços públicos ou alterações da realidade ou da lei geral que modifiquem os hábitos de utilização das obras ou serviços públicos concessionados em PPP ou aumentem a sua atractividade, entre muitas outras que cumpram o duplo efeito da anormalidade e da imprevisibilidade, só demonstrável em cada caso concreto, da receita aumentada.

Em todos estes casos, e nos muitos mais que a imaginação permite vislumbrar, o acto ou facto haverão de conduzir imperativamente à partilha dos benefícios anormais ou imprevisíveis por eles gerados<sup>47</sup>.

A partilha, estabelece a lei, será equitativa<sup>48</sup>.

Não cabe dissertar aqui sobre o que é equidade, louvando-nos no texto, que subscrevemos na íntegra, de Freitas do Amaral, Fausto Quadros e José Carlos Vieira de Andrade (2002: 33, 37) a esse propósito, constatando que só em cada caso concreto é possível aplicá-la e verificar a sua medida.

O que pode e deve ser assinalado a propósito da ideia de equidade é que o legislador parece ter rapidamente perdido o sentido do que fixou, porque, logo no número 2 do artigo 341.º, dispôs que, na falta de acordo entre as partes sobre o mecanismo concreto de partilha aplicável a cada contrato de PPP, o concedente tem direito ao “valor correspondente ao acréscimo das receitas ou ao decréscimo das despesas”.

A frase é duplamente infeliz.

Em primeiro lugar, porque partilhar não significa obviamente que uma das partes tem direito, mesmo que apenas na falta de acordo, à totalidade do valor da receita suplementar ou da diminuição da despesa<sup>49</sup>.

Em segundo e porventura mais profundo sentido – porque a referência à entrega ao concedente da totalidade do benefício pode e deve ser objecto de interpretação correctiva da regra em causa, repondo-a no bom caminho da equidade –, porque a lei continua a confundir benefício com receitas e despesas, tal como já vimos que faz no artigo 412.º. O lapso do legislador<sup>50</sup> reside no facto de que, sobretudo nas PPP, os benefícios dos actos ou factos que tipicamente podem alterar de forma anormal e imprevisível a realidade financeira da concessionária estarem muito para lá, qualitativamente, do valor do aumento da receita ou da redução da despesa. Na verdade, para quem tenha presente que é o próprio CCP que, bem ou mal, clama pela necessidade da existência, mesmo que não contratual, ao invés do que foi, e em rigor continua a ser, a prática durante anos em Portugal, de um modelo

---

específico que tenham impacto directo favorável sobre os resultados relativos às actividades concessionadas”, ignorando os requisitos da anormalidade e imprevisibilidade da variação positiva da receita. Também essa infeliz disposição veio a ser, em boa hora, abandonada. Uma terceira formulação, também, entretanto, mas mais recentemente, abandonada, impunha a partilha “em partes iguais” dos impactes favoráveis que decorressem da concretização de operações de refinanciamento da concessão.

<sup>47</sup> Note-se, não é a actuação de terceiro ou o facto que deve ser anormal ou imprevisível, é o acréscimo de receita que haverá de ser anormal ou imprevisível.

<sup>48</sup> Cfr. artigo 341.º, n.º 1, *in fine*, do CCP.

<sup>49</sup> Estando afastada a possibilidade de essa cominação ser uma espécie de castigo para a falta de acordo das partes, porque seria, se assim fosse, apenas uma forma de beneficiar o infractor, incitando o parceiro público a não acordar coisa nenhuma, em sede de equidade, com o parceiro privado.

<sup>50</sup> Que vem do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, como acima assinalámos.

financeiro de suporte à concessão, acordado entre as partes no procedimento adjudicatório e que represente e exiba a equação financeira de base que a sustenta<sup>51,52</sup>, é absolutamente evidente que a variação das receitas ou das despesas provoca resultados maiores ou menores do que os respectivos valores nominais conforme a modelação financeira adoptada<sup>53</sup> e que, portanto, nem mesmo por milagre o valor do benefício, a repartir de acordo com a equidade, corresponderá a algum daqueles. De resto, só mesmo um legislador particularmente desatento pode ter escrito no início do número 2 do artigo 341.º que o objecto da partilha é o benefício “financeiro” e, umas linhas abaixo, que esse benefício corresponde ao acréscimo das receitas ou ao decréscimo dos encargos. Manifestamente, não é assim; o benefício haverá de ser calculado nos termos da equação financeira que esteve presente no momento da adjudicação e que foi por isso acordada com a outorga do contrato e é o valor resultante desse cálculo que haverá de ser partilhado com recurso à equidade.

Uma última interrogação haverá de se colocar quanto a este regime: por que razão só existe para as PPP?

A origem histórica da ideia da partilha de benefícios reside, no caso das PPP, no diploma de 2006 que as regulou antes do actual Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, e que conduziu à introdução de cláusulas sobre benefícios, reduções de IRC e refinanciamentos que polvilharam, aqui e ali, vários contratos de concessão que o Estado ou empresas públicas foram assinando com múltiplos parceiros e em múltiplos sectores de actividade. Teve uma expressão no projecto de CCP (Costa Gonçalves, 2007: 36 ss), quanto aos contratos de duração prolongada, ainda pouco burilada, e tem as soluções que vêm perdurando, nos artigos 341.º e 412.º do CCP, desde 2008 e, no diploma que regula as PPP, desde 2012. Dessa regulação, resulta que o legislador do CCP não alargou o regime dos benefícios não dependentes da vontade ou da actuação das partes aos contratos de concessão de obras ou serviços públicos que não tomem as vestes de uma PPP nem, em geral, aos contratos de execução duradoura, não obstante ter manifestamente considerado essa hipótese.

Com efeito, o regime previsto no anteprojecto do CCP<sup>54</sup> era o de que “Nos contratos de execução duradoura que envolvam a realização de investimentos e, ou, a angariação de financiamentos pelo co-contratante, deve fixar-se um limite para além do qual o acréscimo de benefícios financeiros, designadamente resultante da negociação ou substituição dos contratos de financiamento, dê lugar à partilha equitativa entre o co-contratante e o contraente público”, devendo “A partilha equitativa dos benefícios financeiros [...] ser efectuada através dos mecanismos” previstos no número 2 do artigo 350.º, que eram os da reposição do equilíbrio financeiro que “visa o restabelecimento, nos termos contratualmente estipulados, da equação inicial sobre a qual as partes fundaram o equilíbrio de valor entre as prestações a que cada uma delas se obrigou”. O regime era, como se nota, indiferente ao formato PPP ou “não PPP” do contrato ou

---

<sup>51</sup> Cfr. artigo 282.º, número 5, do CCP.

<sup>52</sup> A exigência de um modelo financeiro de base está igualmente presente no diploma que regula as PPP, o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio.

<sup>53</sup> A esse propósito, Pedro Leite Alves (2017: 83 ss).

<sup>54</sup> Ver artigos 248.º, número 2, e 249.º, também número 2. O texto está disponível em [erario.tcontas.pt/eventos/ContratacaoPublica/Docs/CCP\\_vs20060510.pdf](http://erario.tcontas.pt/eventos/ContratacaoPublica/Docs/CCP_vs20060510.pdf).

ao seu objecto<sup>55</sup>, distinguindo os contratos sujeitos ao mecanismos de partilha por recurso aos critérios da duração duradoura e da realização de investimentos e/ou da angariação de financiamentos pelo co-contratante, notando o autor do texto, em nota explicativa de pé de página, que (realce aditado) “O disposto neste artigo - **que se aplica a todos os contratos administrativos** - teve como inspiração directa o actual artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho (NRJPPP). [...] Neste contexto, com a aprovação do presente código devem ser revogados expressamente os artigos 7.º e 14.º - C do NRJPPP”.

A solução legal que veio a prevalecer é tanto mais surpreendente quanto o regime do artigo 341.º não prevê qualquer limitação decorrente da duração do contrato - o que, como veremos adiante, nos parece inteiramente ajustado -, antes mandando que a partilha dos benefícios anormal e imprevisivelmente aumentados ocorra seja qual for o prazo da PPP<sup>56</sup>, ficando por se perceber por que razão nos contratos de concessão que não sejam contratados em regime de PPP e que vejam os benefícios por si gerados aumentarem de igual forma anormal e imprevisível, seja qual for o seu prazo, não há lugar a qualquer forma de partilha.

Com efeito, o que parece ser a justificação da ideia de partilha de benefícios prevista no artigo 341.º - o valor ele mesmo que o legislador considera exceder (anormal e imprevisivelmente) as expectativas que determinaram a decisão de contratar e de o fazer em regime de PPP - aplica-se, é forçoso reconhecê-lo, a qualquer contrato de concessão<sup>57</sup>. Na verdade, os efeitos de actos extracontratuais do parceiro público, de actos de outros entes públicos ou de factos que possam provocar benefícios imprevisíveis e anormais não se repercutem apenas nos contratos de PPP<sup>58</sup> mas também, parece claro, nos contratos de concessão, desde logo nos dois aspectos fulcrais de uns e outros: as condições de financiamento e ao valor das receitas de exploração.

Realmente, como acima já salientámos, a natureza da forma de remuneração do concessionário, descrita no artigo 407.º do CCP como correspondendo, em regra, à percepção de receitas de exploração da obra pública antes construída ou ao pagamento de um preço pela entidade pública, também depois da finalização da construção, significa a exposição do concessionário, seja em regime de PPP, seja em regime de concessão “não PPP”, aos benefícios anormais e imprevisíveis que decorram de modificações nos mercados<sup>59</sup> <sup>60</sup>, no que se refere ao primeiro aspecto, e significa também a

---

<sup>55</sup> Porque os artigos 248.º e 249.º se integravam nas Disposições Gerais do regime substantivo dos contratos administrativos.

<sup>56</sup> A realidade portuguesa é fértil em PPP de prazos longos (30 ou 75 anos, por exemplo nas auto-estradas, aeroportos e barragens) e outras de prazos mais curtos (7 anos, por exemplo na componente de construção das concessões hospitalares).

<sup>57</sup> A qualquer contrato, realmente, como já, bem, havia compreendido o legislador do anteprojecto.

<sup>58</sup> Ou apenas nos contratos de concessão sob forma de PPP.

<sup>59</sup> Não dependentes da iniciativa do concessionário, claro, porque essa iniciativa, em regra traduzida em operações de refinanciamento, resulta da eficiente gestão do parceiro privado, justamente uma das circunstâncias em que o CCP afasta a partilha.

<sup>60</sup> Como assinalámos acima, também o concessionário “não PPP” deve procurar financiamento que lhe assegure a disponibilidade de fundos para a realização do investimento, porque só receberá (ou só receberá parte substancial do que servirá para amortizar o investimento e gerar o seu lucro) depois de concluída a obra pública em causa.

exposição do concessionário, seja qual for o regime contratado, a variações anormais e imprevisíveis na procura<sup>61</sup>.

A solução do CCP gera, por isso, intensa perplexidade: onde uns parceiros privados, os contratados em regime “não PPP”, manterão a integralidade dos benefícios anormais e imprevisíveis, outros parceiros privados, os contratados em regime de PPP, deverão forçosamente<sup>62</sup> partilhá-los com o concedente público. A descrição desse efeito do ponto de vista dos entes públicos é ainda mais pungente: os parceiros públicos deverão permitir que os concessionários privados beneficiem integralmente dos ganhos anormais e imprevisíveis ocorridos na vigência do contrato se a entidade pública tiver optado por contratar sem seguir o formato de PPP.

Repare-se, de resto, que o legislador de 2008 afastou qualquer possibilidade de que o regime do equilíbrio financeiro – uma manifestação da ideia central do equilíbrio de prestações que tão bem o anteprojecto inscrevia em letra de lei no artigo 247.º, em boa hora mantido na versão final do CCP, no artigo 281.º – se possa aplicar à partilha de benefícios anormais e imprevisíveis: é que, no artigo 282.º do CCP, teve o cuidado (ou o descuido) de impor que o reequilíbrio financeiro só exista nos casos previstos na lei – e a lei não prevê, pelo contrário, a partilha de benefícios anormais e imprevisíveis nos contratos não celebrados no formato PPP – ou naqueles que, a título excepcional<sup>63</sup>, se achem previstos no próprio contrato. A possibilidade, que o legislador do anteprojecto anteviu, de que a partilha de benefícios anormais e imprevisíveis haveria de estar fundada na ideia de equilíbrio de prestações e seguir-lhe o regime caiu por terra na versão final do CCP que entrou em vigor em 2008 e perdura até hoje, de forma impeditiva de uma interpretação correctiva do artigo 341.º do CCP que fizesse aplicar aos contratos que não sigam o formato de PPP aquele princípio basilar da contratação pública.

Repare-se, nos termos do CCP, (i) os parceiros privados em quaisquer contratos, incluindo de concessão, com qualquer prazo, que não sigam o formato de PPP têm direito ao reequilíbrio financeiro quando a equação financeira em que fundaram a sua decisão de se apresentarem a concurso for desequilibrada por acto do parceiro público, mas têm direito a manter a totalidade dos benefícios anormais e imprevisíveis que sejam causados por facto ou acto extracontratual do parceiro público ou de outros entes públicos; (ii) os parceiros privados em quaisquer contratos, incluindo de concessão, de qualquer prazo, que sigam o formato de PPP têm, igualmente, direito ao reequilíbrio financeiro quando a equação financeira em que fundaram a sua decisão de se apresentarem a concurso for desequilibrada por acto do parceiro público, mas não têm direito a manter a totalidade dos benefícios anormais e imprevisíveis que sejam causados por facto ou acto extracontratual do parceiro público ou de outros entes públicos, devendo partilhá-los com este.

---

<sup>61</sup> Por exemplo, um concessionário de uma auto-estrada contratado em regime não PPP beneficiaria do efeito de rede na procura registada na “sua” via tanto quanto aconteceria a um concessionário contratado em regime de PPP. A diferença residirá, as mais das vezes, na existência de modelos financeiros que permitirão medir o benefício, com maior exactidão, nas PPP, ao passo que, nas concessões “não PPP”, esses modelos pré-acordados tenderão a não existir.

<sup>62</sup> Porque a regra do artigo 341.º do CCP é, manifestamente, imperativa.

<sup>63</sup> Sem se tratar de indicar por que razão haverá a reposição do equilíbrio financeiro contratualmente prevista de ser excepcional. Excepcional relativamente a quê, pergunta-se?

O regime que acabou por ver a luz do dia no texto de 2008 do CCP é, por isso, do nosso ponto de vista, e em comparação com o que constava no anteprojecto, na versão de Setembro de 2006, sensivelmente desequilibrado, em favor dos parceiros públicos em contratos com o formato de PPP e em desfavor destes em contratos que não sigam o formato de PPP, consagrando uma solução injusta do ponto de vista do princípio do equilíbrio de prestações, e absolutamente incongruente, tratando de forma diversa o que, afinal, é materialmente igual.

*De jure condendo*, a solução do anteprojecto apresentava-se como muitíssimo mais equilibrada, sem prejuízo dos ajustes que sempre haveria de serem realizados, limitando o mecanismo de manutenção do equilíbrio das prestações perturbadas por benefícios anormais e imprevisíveis, por razões práticas que se compreendem, aos contratos de execução duradoura<sup>64</sup>, ainda que sendo do nosso ponto de vista criticável a opção de incluir uma segunda condição – de que o contrato envolvesse a realização de investimentos e/ou a angariação de financiamentos pelo co-contratante (que contratos não os envolvem, pergunta-se) –, que afasta a ideia de equilíbrio de prestações do equilíbrio global destas para a centrar, mal, a nosso ver, nas condições de financiamento<sup>65</sup>, e sendo louvável o reenvio para a vontade das partes da fixação dos critérios de definição dos benefícios anormais e imprevisíveis que, *et pour cause*, deixou de ter de assim qualificar<sup>66</sup> e louvável sendo a ideia do artigo 259.º, número 2, de que a partilha se haveria de fazer pela reposição “da equação inicial sobre a qual as partes fundaram o equilíbrio de valor entre as prestações a que cada uma delas se obrigou”.

## Referências

Alves PL. O Caso Base. In: Júdice JM, Gonçalves PC, Torgal L, coord. Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira. Coimbra: Almedina; 2017

Arrowsmith S. The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK, volume 1. 3ª edição. Sweet Maxwell; 2014

Assis Raimundo M. Direito dos Contratos Públicos, vol. 2. Lisboa: AAFDL; 2023

Freitas do Amaral DP, Fausto de Quadros CJ, José Carlos Vieira de Andrade. Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas. Almedina; 2002

Gonçalves PC. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. Cadernos de Justiça Administrativa. N.º 64. 2007

---

<sup>64</sup> É claro que a exposição dos contratos administrativos a ganhos anormais e imprevisíveis aumenta com o tempo; por isso, não repugna que a lei limite a reposição do equilíbrio perturbado pela sua ocorrência a contratos de maior prazo, por forma a evitar constantes debates sobre o tema. Em todo o caso, defendemos, *de jure condendo*, solução diversa, como se lerá adiante no texto.

<sup>65</sup> Porventura a primeira parte da frase do artigo 248.º, número 2, do anteprojecto, referindo-se à realização de investimentos, anularia na prática a segunda parte da condição, que criticamos, mas a renovada referência, a final, a benefícios financeiros e à renegociação dos financiamentos é, a nosso ver, um erro, justamente porque faz partilhar o parceiro público nos resultados da diligência e do sucesso do parceiro privado, sem justificação.

<sup>66</sup> Não se ignoram as dificuldades práticas que essa fixação exclusivamente contratual poderia causar, mas tudo parece preferível à adopção do conceito vago e indeterminado de benefícios “anormais e imprevisíveis”.

Gonçalves PC. Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato a modificação. Cadernos de Justiça Administrativa. N.º 73. 2009. Disponível em [www.mlgts.pt](http://www.mlgts.pt)

Martins AG. A Modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos. In: Estorninho MJ, Martins AP, coords. Atas da Conferência A REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Centro de Investigação de Direito Público; Dezembro de 2016

Martins AG. O Regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021. In: Estorninho MJ, Martins AG, Sánchez PF, org. Actas da Conferência A Revisão do Contratos Públicos de 2021. Lisboa: AAFDL; 2021

---

<sup>i</sup> O autor exerce advocacia na Jardim, Sampaio e Associados, Sociedade de Advogados, SP RL, Av. Fontes Pereira de Melo, 3, 10.º esq.º, 1050-115 Lisboa, [pla@jsms.pt](mailto:pla@jsms.pt). As opiniões expressas são-no a título pessoal.

O autor escreve de acordo com a grafia anterior ao Acordo Ortográfico de 1990.